

University of Groningen

Artikel 140 Sr. Vier internationale ontwikkelingen en een begrafenis?

Keulen, B.F.

Published in:

Pet af : liber amicorum D.H. de Jong

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Keulen, B. F. (2007). Artikel 140 Sr. Vier internationale ontwikkelingen en een begrafenis? In P. B.F Keulen, P. G. Knigge, & M. H.D. Wolswijk (editors), *Pet af : liber amicorum D.H. de Jong* (blz. 225-244). Wolf Legal Publishers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Artikel 140 Sr

Vier internationale ontwikkelingen en een begrafenis?

B.F. KEULEN^o

1. Inleiding

Artikel 140 Sr stelt straf op deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven. Enkele jaren geleden is de maximale gevangenisstraf die op dit feit gesteld is verhoogd van vijf naar zes jaren. In de Tweede Kamer was daartegen weinig weerstand; in de Eerste Kamer was meer discussie. Mw. Le Poole (PvdA) vond dat de voorgestelde strafverhoging ertoe noopte om nog eens het vraagstuk van de ruime reikwijdte van artikel 140 Sr aan de orde te stellen. Al een aantal malen is, zo gaf zij aan, door een aantal strafrechtgeleerden die allerm minst van heethoofdigheid beschuldigd kunnen worden, zoals prof. D.H. de Jong te Groningen, voorgesteld de reikwijdte van het artikel te beperken.¹

Mw. Le Poole doelde daarbij vermoedelijk op de bijdrage van De Jong aan de bundel *Groepsgeweld*.² De Jong besprak daarin het geldend recht en enkele eerdere voorstellen tot wetswijziging die de Tweede Kamer niet gehaald hebben. Hij meende dat de inzet van artikel 140 Sr tegen in groepsverband geplande en uitgevoerde overvallen op banken de voorkeur verdiende boven andere constructies zoals strafbaar gestelde voorbereidingshandelingen. Artikel 140 Sr kende, zo meende hij, een 'serieuze begrenzing'. Bovendien behoorde de bestrijding van professionele criminele groepen die zich op gewapende bankovervallen richtten bij uitstek tot het terrein van artikel 140 Sr. Tegelijk gaf hij de wetgever in overweging om de delictomschrijving van artikel 140 Sr te beperken tot organisaties die zich richten op zware misdrijven, bijvoorbeeld misdrijven waarop een strafmaximum van ten minste zes jaar staat. Daardoor zou artikel 140 Sr zelf ook een in doorsnee zwaardere misdrijf behelzen, en dat zou een ophoging van de maximale gevangenisstraf van vijf naar zes jaar kunnen rechtvaardigen. Verder zou De Jong het bestanddeel deelneming willen vervangen door een iets ruimer begrip, en het begrip 'oogmerk' wat beperkter willen interpreteren.³

Mw. Le Poole kreeg minister Korthals niet aan haar zijde. Artikel 140 Sr zou heel in het algemeen tot uitdrukking brengen 'dat wij het strafwaardig vinden wanneer mensen in georganiseerd verband misdrijven beramen en plegen.' De minister

^o Hoogleraar straf(proces)recht Rijksuniversiteit Groningen.

¹ *Handelingen I* 2 februari 1999, p. 18-632.

² *Groepsgeweld. Strafrechtelijke en beleidsmatige aspecten*, red. D.H. de Jong en W. Wedzinga, Arnhem: Gouda Quint 1992.

³ *Groepsgeweld* 1992 (*supra* noot 2), p. 19-21.

kon niet inzien waarom het in georganiseerd verband begaan van zaaksbeschadiging of oplichting niet meer strafwaardig zou zijn. Maar minister Korthals deed wel de toezegging dat hij nog eens naar de reikwijdte van artikel 140 Sr zou kijken.⁴ Dat is gebeurd in het kader van de herijking van de wettelijke strafmaxima, zo wordt later aan de Eerste Kamer meegedeeld. De minister geeft dan (wederom) aan dat een inperking van de reikwijdte onwenselijk lijkt omdat artikel 140 Sr ook bij misdrijven waarop minder dan vier jaar gevangenisstraf staat, een nuttige rol kan vervullen. Daaraan wordt toegevoegd dat een opsplitsing van artikel 140 Sr overwogen is in een variant voor zware delicten en één voor lichtere misdrijven. Maar opsplitsing zou onnodige afgrenzingsproblemen in het leven roepen.⁵

Dat was een argumentatie die voor Eerste en Tweede Kamer afdoende bleek. Maar het kan zijn dat De Jong, ook al is hij inderdaad allerm minst heethoofdig, bij het lezen van deze brief toch wel even met de wenkbrauwen heeft gefronst. Een bevredigend antwoord op zijn argumenten gaf de brief eigenlijk niet. Zo geeft minister Korthals niet aan wat een strafmaximum van zes jaar rechtvaardigt op deelnemen aan een organisatie die misdrijven beoogt welke met een veel lichter strafmaximum bedreigd zijn.

In deze bijdrage wordt de strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie opnieuw onder de loep genomen. Daarbij wordt de wetsgeschiedenis van artikel 140 Sr grotendeels gelaten voor wat zij is, en ook de jurisprudentie wordt niet uitputtend beschreven. Centraal staan vier internationale ontwikkelingen van de laatste jaren. In het supranationale strafrecht is het concept van de *joint criminal enterprise* tot ontwikkeling gekomen. Ook dat concept schept aansprakelijkheid voor deelname aan een samenwerkingsverband dat misdrijven nastreeft. Maar de dogmatische constructie is duidelijk anders dan die van artikel 140 Sr. Verder zijn in de Europese Unie drie rechtsinstrumenten aanvaard op het terrein van het deelnemen aan criminele organisaties: het Gemeenschappelijk Optreden inzake deelneming aan een criminele organisatie, het Kaderbesluit inzake terrorismebestrijding en het Kaderbesluit betreffende minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel. Als gevolg van de aanvaarding van deze rechtsinstrumenten bestaan thans naast artikel 140 Sr nog twee bijzondere strafbaarstellingen van deelneming aan een criminele organisatie. En elk van deze drie strafbaarstellingen heeft een implementatielading gekregen.

Mede tegen de achtergrond van deze vier internationale ontwikkelingen wordt bezien of het huidige artikel 140 Sr, met zijn ruime bereik en enkelvoudige strafmaximum, inderdaad ongewijzigd behouden dient te blijven.

⁴ *Handelingen I* 2 februari 1999, p. 18-634, 639.

⁵ *Kamerstukken II* 1998/99, 25 638, nr. 7e.

2. Joint criminal enterprise

Over het concept van de joint criminal enterprise heeft het Joegoslaviëtribunaal een belangrijke uitspraak gedaan in de zaak *Tadić*.⁶ De feiten, vastgesteld door de Trial Chamber, behelzen ‘amongst other facts, that on 14 June 1992, the Appellant, with other armed men, participated in the removal of men, who had been separated from women and children, from the village of Sivci to the Keraterm camp, and also participated in the calling-out of residents, the separation of men from women and children, and the beating and taking away of men in the village of Jaskići. It also found that five men were killed in the latter village’ (178).

Was Tadić aansprakelijk voor de dood van deze vijf mannen? De Trial Chamber had geoordeeld van niet: ‘The fact that there was no killing at Sivci could suggest that the killing of villagers was not a planned part of this particular episode of ethnic cleansing of the two villages, in which the accused took part’ (179). Maar die beslissing, en de onderliggende overweging, hield bij de Appeals Chamber geen stand: ‘Whoever contributes to the commission of crimes by the group of persons or some members of the group, in execution of a common criminal purpose, may be held to be criminally liable, subject to certain conditions (190)’. Meer toegesneden op dit misdrijf merkt de Appeals Chamber op: ‘While murder may not have been explicitly acknowledged to be part of the common design, it was nevertheless foreseeable that the forcible removal of civilians at gunpoint might well result in the deaths of one or more of those civilians. Criminal responsibility may be imputed to all participants within the common enterprise where the risk of death occurring was both a predictable consequence of the execution of the common design and the accused was either reckless or indifferent to that risk’ (204). () ‘What is required is a state of mind in which a person, although he did not intend to bring about a certain result, was aware that the actions of the group were most likely to lead to that result but nevertheless willingly took that risk’ (220). Toepassing van de gekozen interpretatie op de feiten van deze zaak bracht de Appeals Chamber tot de conclusie dat ‘the Trial Chamber should have found the Appellant guilty’ (233).⁷

Deze grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt in *Tadić* verschillend aangeduid. In *Brdanin & Talic* geeft Trial Chamber II aan waarom zij de voor-

⁶ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Tadić*, Case no. IT-94-I-A, Appeals Chamber, 15 July 1999, in *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. III, André Klip and Göran Sluiter (eds.), Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2001, p. 761 e.v..

⁷ De Appeals Chamber maakt in *Tadić* onderscheid tussen drie categorieën van collectieve criminaliteit die binnen common purpose of joint criminal enterprise te onderscheiden zijn (195 e.v.). De grondslag voor aansprakelijkheid die in *Tadić* omschreven wordt, ziet op de derde categorie.

keur geeft aan de term joint criminal enterprise.⁸ Deze term zal ook hier worden gebruikt.

De joint criminal enterprise heeft geen expliciete basis in artikel 7 (1) van het Statuut voor het Joegoslaviëtribunaal. Dat luidt: 'A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime'. Maar de Appeals Chamber meent in *Tadić* dat '(a)n interpretation of the Statute based on its object and purpose leads to the conclusion that the Statute intends to extend the jurisdiction of the International Tribunal to all those 'responsible for serious violations of international humanitarian law' committed in the former Yugoslavia (Article 1)' (189). Zij verwijst daarbij naar the Secretary General's Report, waarin staat: 'The Secretary General believes that all persons who participate in the planning, preparation or execution of serious violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia are individually responsible for such violations' (190). De Appeals Chamber meent dat '(t)he above interpretation is not only dictated by the object and purpose of the Statute but is also warranted by the very nature of many international crimes which are committed most commonly in wartime situations. Most of the time these crimes do not result from the criminal propensity of single individuals but constitute manifestations of collective criminality: the crimes are often carried out by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design' (191).

In artikel 25 van het Statuut inzake het Internationaal Strafhof is deze grondslag voor aansprakelijkheid in het derde lid onder (d) expliciet geregeld. Het derde lid bepaalt: 'In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

- (a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;
- (b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;
- (c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission;

⁸ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin & Talić*, Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend, 26 June 2001, nr. 24-32 (www.un.org/icty). Vgl. in verband met de joint criminal enterprise bijvoorbeeld ook ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Judgment, Appeals Chamber, Case IT-98-33-T, 19 April 2004, nr. 79-134 (www.un.org/icty).

- (d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:
 - (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or
 - (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime.
- (e) (...)'

De bewoordingen die in het ICC-Statuut zijn gekozen, wijken af van de bewoordingen die het ICTY koos in *Tadić*.⁹ Maar daarmee is nog niet gezegd dat het ICC daadwerkelijk tot een substantieel afwijkende interpretatie zal komen. Het ICTY is in staat geweest om zonder expliciete basis in het Statuut voor het Joegoslaviëtribunaal de aansprakelijkheid wegens een joint criminal enterprise tot ontwikkeling te brengen. Niet uitgesloten is dat het ICC, eventueel ook met een beroep op object and purpose, de formulering in het ICC-Statuut zo zal interpreteren dat wordt aangesloten bij de jurisprudentie van het ICTY.

De figuur van de joint criminal enterprise heeft een aantal overeenkomsten met ons deelnemen aan een criminele organisatie. Van een organisatie kan worden gesproken bij een 'zekere duurzame onderlinge samenwerking'.¹⁰ En van 'deelnemen' is in de jurisprudentie van de Hoge Raad sprake als de verdachte 'behoort tot het samenwerkingsverband en een aandeel heeft in, dan wel ondersteunt, gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van' het in artikel 140, eerste lid, Sr bedoelde oogmerk.¹¹ Deze eis komt op hoofdlijnen overeen met de eis van participation die door het ICTY is gesteld in het kader van de joint criminal enterprise. Beide aansprakelijkheidsconstructies eisen niet dat de gedragingen bestaan hebben in het plegen van of deelnemen aan de beoogde misdrijven. Dan zou de toegevoegde waarde van beide rechtsfiguren ook beperkt zijn. Tegelijk mogen de gedragingen ook weer niet in te ver verwijderd verband staan van de beoogde misdrijven. Dat ligt bij de joint criminal enterprise besloten in de term participation in the common design involving the perpetration of one of the crimes provided for in the Statute. Bij artikel 140 Sr werkt de Hoge Raad het vereiste verband nog wat meer uit.¹²

⁹ Vgl. E. van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 107-109.

¹⁰ HR 10 juli 2001, NJ 2001, 687, m.nt. YB.

¹¹ HR 18 november 1997, NJ 1998, 225 m.nt. JdH.

¹² H.G. van der Wilt, 'Ontwikkeling van nieuwe deelnemingsvormen. Ben ik mijn broeders hoeder?', preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Neder-

Er is echter ook een zeer wezenlijk verschil. Artikel 140 Sr stelt straf op het deelnemen aan een criminele organisatie. Dat is een zelfstandig misdrijf, waarop een maximale gevangenisstraf gesteld is van zes jaar. De ratio van deze strafbaarstelling moet gezocht worden in het zelfstandige gevaar dat van een groep met een crimineel oogmerk uitgaat, op welke misdrijven dat oogmerk ook gericht is.¹³ Daarmee hangt samen dat het beoogd zijn van de misdrijven volstaat; zij behoeven nog niet gepleegd te zijn. De joint criminal enterprise is een constructie die aansprakelijkheid schept voor in andere bepalingen geformuleerde misdrijven, een soort deelnemingsfiguur.¹⁴ Het gaat in artikel 25, derde lid onder (d) ICC-Statuut, ook enkel om aansprakelijkheid wegens meewerken aan het begaan of een poging tot het begaan van een dergelijk misdrijf.

Die andere constructie brengt mee dat ook een ander strafmaximum geldt. Bevoegdverklaring van een joint criminal enterprise gericht op genocide kan het opleggen van levenslange gevangenisstraf aan één van de deelnemers rechtvaardigen.

3. De Wet internationale misdrijven

Niet alleen in het ICC-Statuut maar ook in de nationale wetgeving van landen die de rechtsmacht van het ICC erkennen, zijn de daarin omschreven misdrijven strafbaar gesteld. In Nederland is dat gebeurd in de Wet internationale misdrijven (verder WIM). Artikel 3 WIM stelt genocide strafbaar, artikel 4 WIM misdrijven tegen de menselijkheid, en de artikelen 5 en 6 WIM (hoofdzakelijk) de schending van verdragen van Genève. Artikel 7 WIM stelt strafbaar de schending van overige wetten en gebruiken van de oorlog, en artikel 8 WIM foltering. De selectie en formulering van deze misdrijven is in sterke mate geïnspireerd door het ICC-Statuut.

In de WIM zijn ook bepalingen overgenomen die geïnspireerd zijn op de algemene beginselen van strafrecht die in het ICC-Statuut zijn geformuleerd. Dat geldt bijvoorbeeld voor de bepaling die de aansprakelijkheid van bevelhebbers en andere meerderen regelt. Artikel 28 ICC-Statuut bevat een specifieke aansprakelijkstelling voor bevelhebbers en andere meerderen, de zogenaamde command responsibility.

land', DD 2007, p. 157-158 ziet een verschil in het feit dat aansprakelijkheid op basis van een *joint criminal enterprise* is aangenomen zonder dat van enige betrokkenheid bij concrete misdrijven blijkt, en ook niet duidelijk is hoe deze het criminele oogmerk rechtstreeks hebben bevorderd. Maar voor deelneming in de zin van artikel 140 Sr is ook voldoende het ondersteunen van gedragingen die rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het oogmerk.

¹³ M.J.H.J. de Vries-Leemans, *Art. 140 Wetboek van Strafrecht. Een onderzoek naar de strafbaarstelling van deelneming aan misdaadorganisaties*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 88-89. Zie ook G.A.M. Strijards, *Strafbare deelneming aan een misdadige organisatie, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1991, p. 4-5.

¹⁴ Zo ook Van Sliedregt 2003 (*supra* noot 9), p. 105-106. Vgl. ook Van der Wilt 2007 (*supra* noot 12), p. 156.

Artikel 9, eerste lid, WIM bepaalt: 'Met gelijke straf als gesteld op de in paragraaf 2 bedoelde feiten wordt gestraft de meerdere die a. opzettelijk toelaat dat een aan hem ondergeschikte een zodanig feit begaat; b. opzettelijk nalaat maatregelen te nemen, voor zover die nodig zijn en van hem kunnen worden gevegd, indien een aan hem ondergeschikte een zodanig feit heeft gepleegd of voornemens is te plegen.' En artikel 9, tweede lid, WIM bepaalt: 'Met een straf van ten hoogste twee derde van het maximum van de hoofdstraffen, gesteld op de in paragraaf 2 bedoelde feiten, wordt gestraft hij die door zijn schuld verzuimt maatregelen te nemen, voor zover die nodig zijn en van hem kunnen worden gevegd, indien een aan hem ondergeschikte, naar hij redelijkerwijs moet vermoeden, een zodanig feit heeft gepleegd of voornemens is te plegen.'

Maar een strafbaarstelling van de joint criminal enterprise zal men in de WIM vergeefs zoeken.

Een verklaring daarvoor wordt gegeven in de memorie van toelichting bij de WIM. Het streven is er, zo wordt gesteld, op gericht de Nederlandse wetgeving zo aan te passen als nodig is om deze misdrijven 'hier te lande te kunnen vervolgen en berechten. Aan het Statuut van het Internationaal Strafhof ligt namelijk het zogenaamde complementariteitsbeginsel ten grondslag, of zoals de preambule en artikel 1 van het Statuut van het Strafhof het uitdrukken: het Strafhof heeft een bevoegdheid 'die complementair is aan de nationale jurisdicties in strafzaken'. Dit houdt in dat het Strafhof pas optreedt – dat wil zeggen rechtsmacht kan uitoefenen – indien geen staat bereid of bij machte is het onderzoek of de vervolging daadwerkelijk uit te voeren (zie artikel 17, eerste lid, sub a, Statuut van het Strafhof). Hoewel dit niet uitdrukkelijk in het Statuut is bepaald, is door een meerderheid van staten – waaronder het Koninkrijk – steeds aangenomen dat uit het complementariteitsbeginsel volgt dat de staten die partij zijn bij het Statuut gehouden zijn om de misdrijven die aan de rechtsmacht van het Strafhof zijn onderworpen, in hun nationale strafwetgeving strafbaar te stellen en voorts om extra-territoriale, universele rechtsmacht te vestigen die hun nationale strafgerechten in staat stelt die misdrijven te berechten óók als ze in het buitenland door niet-nationalen zijn gepleegd.'¹⁵

Maar de regering wil niet zo ver gaan, de regels van deel 3 van het ICC-Statuut, de algemene beginselen van strafrecht, exact in de WIM over te nemen: 'Het complementariteitsbeginsel eist dat staten hun autoriteiten in staat stellen om de misdrijven zoals omschreven in het Statuut zelf te vervolgen en te berechten. Dit beginsel eist naar de mening van de regering niet dat zij aan die berechting dezelfde (formeel- en materieelrechtelijke) voorwaarden en eisen stellen als het Statuut voor de berechting door het Strafhof kent. Dit lijkt ook onwenselijk: het zou onpraktisch zijn en tot onnodige onzekerheid leiden indien de Nederlandse rechter voor de be-

¹⁵ *Kamerstukken II 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 2.*

rechting van internationale misdrijven deelnemingsbepalingen en strafuitsluitingsgronden zou moeten toepassen die even iets anders luiden dan de bepalingen waarmee hij is gewend te werken. (...) Een en ander laat overigens onverlet dat de Nederlandse bepalingen in de context van internationale misdrijven, zoals gezegd, soms een wat andere invulling of “inkleuring” kunnen krijgen. Dit kan aan de rechter worden overgelaten. Het uitgangspunt dat de algemene regels van het commune strafrecht van toepassing zijn, lijdt uitzondering daar waar het commune strafrecht bepaalde regels niet kent dan wel regels die duidelijk afwijken van hetgeen onder het Statuut van het Strafhof geldt. Dit geldt bijvoorbeeld voor de hierna te bespreken nieuwe bepaling betreffende de aansprakelijkheid van een meerdere.’¹⁶

Deze positiekeuze brengt mee dat in de WIM geen bepaling is opgenomen die de joint criminal enterprise strafbaar stelt. De memorie van toelichting merkt over deze aansprakelijkheidsconstructie op: ‘wat hier nadrukkelijk niet is bedoeld – en door de opstellers van het Statuut zelfs bewust is vermeden – is het algemeen strafbaarstellen van het louter samenspannen tot het plegen van een misdrijf uit het Statuut (de bepaling is te onzent vergelijkbaar met artikel 140, eerste en derde lid, Sr; vervolging van zodanig handelen zal soms ook kunnen worden gebaseerd op een deelnemingsfiguur, bijvoorbeeld medeplichtigheid)’.¹⁷

Consequentie is dat de Nederlandse strafrechter aan een strafmaximum van zes jaar gevangenisstraf gebonden is als de verdachte een bijdrage aan een voltooid genocide heeft geleverd die volgens het ICC-Statuut het meewerken aan een joint criminal enterprise oplevert, maar die naar ons recht slechts in de termen van artikel 140, eerste lid, Sr valt. Men kan zich afvragen of dat recht doet aan de ernst van dit feit.

Nu zou men aan dit bezwaar tegemoet kunnen komen door de gevangenisstraf op deelneming aan een criminele organisatie fors te verhogen. Dat is in Suriname gebeurd. Sinds 2002 luidt artikel 188 Surinaams Wetboek van Strafrecht als volgt: ‘Degene die deel heeft aan een organisatie waarvan hij weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat zij tot oogmerk heeft het begaan van misdrijven, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twintig jaren en met geldboete van ten hoogste zeventienhonderd vijftig miljoen gulden’. Maar bij een dergelijke strafbaarstelling raakt de verhouding tot de strafmaxima van de beoogde misdrijven volledig zoek en wordt de systematische opbouw van het materiële strafrecht onderuit gehaald.¹⁸ Differentiatie van het strafmaximum ligt meer voor de hand.

Daarmee is een eerste kanttekening geplaatst bij de reikwijdte en het enkelvoudige strafmaximum van artikel 140 Sr.

¹⁶ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 337, nr. 3, p. 29

¹⁷ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 337, nr. 3, p. 26.

¹⁸ Vgl. H.K. Elzinga, D.H. de Jong en B.F. Keulen, *Naar een herzien Wetboek van Strafrecht voor Suriname?*, Groningen, april 2007.

4. **Gemeenschappelijk Optreden inzake deelneming aan een criminele organisatie**

Toen minister Korthals berichtte dat een beperking van de reikwijdte van artikel 140 Sr naar zijn oordeel niet voor de hand lag, was in de Europese Unie net een Gemeenschappelijk Optreden tot stand gekomen dat door artikel 140 Sr geïmplementeerd wordt.¹⁹ De opbouw van dat Gemeenschappelijk Optreden is duidelijk anders dan die van artikel 140 Sr. In artikel 1 wordt de criminele organisatie gedefinieerd als: 'een gestructureerde vereniging die duurt in de tijd van meer dan twee personen, die in overleg optreedt om feiten te plegen welke strafbaar zijn gesteld met een vrijheidsstraf of met een maatregel welke vrijheidsbeneming meebrengt met een maximum van ten minste vier jaar of met een zwaardere straf, welke feiten een doel op zich vormen of een middel zijn om vermogensvoordelen te verwerven en, in voorkomend geval, onrechtmatig invloed uit te oefenen op de werking van overheidsinstanties.' In artikel 2 wordt op iedere lidstaat de verplichting gelegd om 'teneinde de bestrijding van criminele organisaties te vergemakkelijken' op de daar omschreven gedragingen 'doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sancties' te stellen.

Het opmerkelijke van dit Gemeenschappelijk Optreden is dat het de lidstaten bij deze verplichting tot strafbaarstelling een keuze biedt. Lidstaten kunnen volgens artikel 2 kiezen voor strafbaarstelling volgens een model dat op ons artikel 140 Sr lijkt. Wordt voor deze optie gekozen dan moet in de eerste plaats straf worden gesteld op het actief deelnemen aan de in artikel 1 bedoelde activiteiten van een organisatie. Deze gedragingen moeten, zo wordt uitdrukkelijk bepaald, bestraft kunnen worden zelfs indien de betrokkene niet deelneemt aan de feitelijke uitvoering van de betrokken strafbare feiten en zelfs indien deze niet worden uitgevoerd. Bij het niet uitvoeren wordt nog wel een voorbehoud gemaakt voor 'algemene beginselen van het strafrecht van de betrokken lidstaat'. Verder moet strafbaar worden gesteld het actief deelnemen aan de andere activiteiten van de organisatie, waarbij de betrokkene er kennis van heeft dat zijn deelname bijdraagt tot het verwezenlijken van de in artikel 1 bedoelde criminele activiteiten van de organisatie. De verplichting tot strafbaarstelling is bij deze optie beperkt tot het actief deelnemen dat 'opzettelijk en met kennis van het oogmerk en van de algemene criminele activiteit van de organisatie dan wel van het voornemen van de criminele organisatie om de betreffende strafbare feiten te plegen' plaatsvindt.

Maar lidstaten kunnen er ook voor kiezen om de verplichting tot strafbaarstelling van dit Gemeenschappelijk Optreden in te lossen via de *conspiracy* (samen-

¹⁹ Gemeenschappelijk optreden van 21 december 1998, door de Raad aangenomen op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie inzake de strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie in de lidstaten van de Europese Unie, *Publicatieblad EG* 1998, L 351/1.

spanning). Als deze mogelijkheid gekozen wordt, moeten strafbaar worden gesteld 'gedragingen van een persoon die erin bestaan dat hij met een of meer personen tot overeenstemming is gekomen over de uitoefening van een activiteit waarvan de uitvoering neerkomt op het plegen van een in artikel 1 bedoeld strafbaar feit, zelfs indien hij niet deelneemt aan de feitelijke uitoefening van de activiteit.'²⁰

De verplichting tot strafbaarstelling die uit het Gemeenschappelijk Optreden voortvloeit wordt naar het oordeel van de regering door artikel 140 Sr vervuld.²¹ Dat standpunt komt verdedigbaar voor. Een gestructureerde vereniging die duurt in de tijd van twee of meer personen, die in overleg optreedt om misdrijven te plegen valt onder een organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft. En de omschreven strafbaar te stellen activiteiten vallen onder deelneming aan die organisatie.

In de inleiding werd gerefereerd aan een suggestie van De Jong om de reikwijdte van artikel 140 Sr te beperken. Het Gemeenschappelijk Optreden brengt mee, dat inmiddels grenzen zijn gesteld aan de mogelijkheden om iets met die suggestie te doen. Gesproken wordt van een organisatie die optreedt 'om feiten te plegen welke strafbaar zijn gesteld met een vrijheidsstraf of met een maatregel welke vrijheidsbeneming meebrengt met een maximum van ten minste vier jaar of met een zwaardere straf, welke feiten een doel op zich vormen of een middel zijn om vermogensvoordelen te verwerven en, in voorkomend geval, onrechtmatig invloed uit te oefenen op de werking van overheidsinstanties.' Een beperking van de reikwijdte van artikel 140 Sr tot misdrijven welke met een gevangenisstraf van zes jaar bedreigd zijn, conform de suggestie van De Jong, zou er toe leiden dat Nederland de verplichting tot strafbaarstelling die uit het Gemeenschappelijk Optreden voortvloeit niet meer naleeft. Een beperking tot misdrijven die met een gevangenisstraf van vier jaar bedreigd zijn, is beter verenigbaar met die verplichtingen. Tegen die achtergrond kan wellicht ook begrepen worden dat minister Korthals aangaf dit alternatief te hebben overwogen. Maar deze beperking zou niet wezenlijk tegemoet komen aan de bezwaren van De Jong. De discrepantie tussen de strafbedreigingen blijft: op artikel 140 Sr staat maximaal zes of, bij leiders, acht jaar gevangenisstraf.

Het Gemeenschappelijk Optreden biedt, zo bleek, een alternatieve mogelijkheid van strafbaarstelling. Lidstaten kunnen ook kiezen voor een ruime strafbaarstelling van conspiracy. Dat is een wezenlijk andere constructie dan ons artikel 140 Sr.

²⁰ Het Gemeenschappelijk Optreden bevat verder een verplichting voor de lidstaten om 'elkaar de ruimst mogelijke wederzijdse bijstand' te bieden met betrekking tot de in artikel 2 omschreven strafbare feiten (artikel 2, tweede lid). Die verplichting geldt ongeacht of de lidstaat heeft gekozen voor strafbaarstelling via deelneming aan een criminele organisatie of via samenspanning.

²¹ *Handelingen* 12 februari 1999, p. 18-634

Conspiracy is geen afzonderlijke strafbaarstelling. Het creëert aansprakelijkheid voor de delicten waar de overeenkomst op gericht is. Conspiracy tot diefstal heeft een ander strafmaximum dan conspiracy tot moord.²²

Dat vestigt er de aandacht op dat ook de verplichting tot strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie met een flexibel strafmaximum kan worden ingevuld. Het Gemeenschappelijk Optreden laat de lidstaten vrij in de straffen die zij op de omschreven gedragingen stellen. Het laat de lidstaten ook vrij in de keuze voor een vast strafmaximum of een strafmaximum dat gekoppeld is aan dat van de beoogde misdrijven.

In andere Europese landen is deelneming aan een criminele organisatie op verschillende wijzen strafbaar gesteld. België heeft het Gemeenschappelijk Optreden betrekkelijk letterlijk gevolgd. In artikel 324bis Sw is de criminele organisatie gedefinieerd als 'iedere gestructureerde vereniging van meer dan twee personen die duurt in de tijd, met als oogmerk het in onderling overleg plegen van misdaden en wanbedrijven die strafbaar zijn met gevangenisstraf van drie jaar of een zwaardere straf, om direct of indirect vermogensvoordelen te verkrijgen.'²³ Gekoppeld aan deze definitie zijn in artikel 324ter Sw vier strafbaarstellingen opgenomen. Deelnemen aan de voorbereiding of uitvoering van een geoorloofde activiteit van de organisatie, terwijl de betrokkene weet dat zijn deelneming bijdraagt tot de oogmerken van deze criminele organisatie, zoals bedoeld in artikel 324bis Sw, kent een maximale gevangenisstraf van drie jaar. Deelnemen aan het nemen van een beslissing in het raam van de activiteiten van de organisatie met deze wetenschap kent een maximumstraf van tien jaar. Leidende personen ten slotte worden gestraft met opsluiting van ten hoogste vijftien jaar.²⁴

Naast deze nieuwe strafbaarstellingen is de strafbaarstelling van 'bendevorming' in België blijven bestaan. Artikel 322 Sw bepaalt: 'Elke vereniging met het oogmerk om een aanslag te plegen op personen of op eigendommen, is een misdaad of een wanbedrijf, bestaande door het enkel feit van het inrichten der bende'. Uit artikel 323 Sw volgt dat ook daarbij een gedifferentieerd strafmaximum geldt: 'Indien de vereniging tot doel heeft gehad misdaden te plegen waarop levenslange opsluiting staat of opsluiting van tien jaar tot vijftien jaar of een langere termijn, worden de

²² Vgl. Blackstone's Criminal Practice 2007, p. 91: 'a person guilty of conspiracy to commit murder, any offence for which the maximum penalty is life imprisonment, or any indictable offence punishable with imprisonment where no maximum term is specified is subject to a maximum penalty of life imprisonment. The maximum for other statutory conspiracies is the same as the maximum provided for the completed offence.'

²³ Het is de vraag of de koppeling aan uitsluitend het verwerven van vermogensvoordelen gelet op de tekst van het Gemeenschappelijk Optreden door de beugel kan. Maar wellicht wordt de strafbaarstellingsverplichting voor het overige door andere strafbaarstellingen ingelost.

²⁴ Zie uitbreider: Ph. Traest, *Ontwikkeling van nieuwe deelnemingsvormen, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 2006.

aanstokers tot die vereniging, de hoofden van die bende en degenen die daarin enig bevel hebben gevoerd, gestraft met opsluiting van vijf jaar tot tien jaar. Zij worden gestraft met gevangenisstraf van twee jaar tot vijf jaar, indien de vereniging is opgericht om andere misdaden te plegen, en met gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar, indien de vereniging is opgericht om wanbedrijven te plegen.'

De strafbaarstelling van de association de malfaiteurs in Frankrijk is inmiddels te vinden in artikel 450-1 Code Penal.²⁵ Dat luidt sinds 2001: 'Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende. Lorsque les infractions préparées sont des délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende'. In Frankrijk geldt daarmee eveneens een strafbaarstelling met een gedifferentieerd strafmaximum. Als de association ernstige misdrijven als moord en doodslag beoogt, kan voor de participation een vrijheidsstraf van tien jaar worden opgelegd.

In Duitsland bevat par. 129 StGB een strafbaarstelling die met ons artikel 140 Sr vergelijkbaar is: 'Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, Straftaten zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, für sie um Mitglieder oder Unterstützer wirbt oder sie unterstützt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft'. Maar bij een aantal in de wet opgesomde ernstige misdrijven kan de maximale vrijheidsstraf tien jaren bedragen.²⁶ Ook in Duitsland is zo een gedifferentieerd strafmaximum gerealiseerd. Verder kent Duitsland bij sommige strafbaarstellingen het handelen als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung van nader gespecificeerde misdrijven verbunden hat als strafverzwaringgrond.²⁷

²⁵ Zie over de verschillende versies van deze strafbaarstelling die de afgelopen decennia van kracht zijn geweest De Vries-Leemans 1995 (*supra* noot 13), p. 248 e.v. De geldende wettekst, met gedifferentieerd strafmaximum, is tot stand gekomen bij Loi no 2001-420 du 15 mai 2001 art. 45 Journal Officiel du 16 mai 2001, en in werking getreden op 1 januari 2002.

²⁶ Par. 129, Abs. 4 StGB. Die misdrijven betreffen een deel van de in par. 100c StPO opgesomde misdrijven. Concreet gaat het bijvoorbeeld om 'Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates, Geldfälschung' en een deel van de 'Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung'.

²⁷ Vgl. bijvoorbeeld par. 146, 152a, 152b StGB.

Daarmee is een tweede kanttekening geplaatst bij het huidige artikel 140 Sr. Een strafbaarstelling met een enkelvoudig strafmaximum is noch gelet op het Gemeenschappelijk Optreden, noch gelet op de ons omringende landen vanzelfsprekend.²⁸

5. Europees Kaderbesluit terrorismebestrijding

Op 13 juni 2002 kwam het Kaderbesluit van de Raad inzake terrorismebestrijding tot stand.²⁹ Artikel 2 van dat Kaderbesluit ziet op 'strafbare feiten met betrekking tot een terroristische groep'. Uit de bewoordingen van dit artikel blijkt, dat het voortbouwt op het Gemeenschappelijk Optreden inzake deelneming aan een criminele organisatie. Voor de toepassing van dit Kaderbesluit wordt onder terroristische groep verstaan 'een sinds enige tijd bestaande, gestructureerde vereniging van meer dan twee personen die in overleg optreden om terroristische misdrijven te plegen'.³⁰ Met 'gestructureerde vereniging' wordt daarbij bedoeld op 'een vereniging die niet toevallig tot stand is gekomen met het oog op een onverwijd te plegen strafbaar feit en waarbij niet noodzakelijkerwijs sprake is van formeel afgebakende taken van de leden, noch van continuïteit in de samenstelling of een ontwikkelde structuur.' Lidstaten worden verplicht om straf te stellen op het leiden van een terroristische groep en op het deelnemen aan de activiteiten van een terroristische groep (artikel 2, tweede lid, Kaderbesluit). Onder dat laatste wordt begrepen het verstrekken van gegevens of middelen aan de groep of het in enigerlei vorm financieren van de activiteiten van de groep, wetende dat deze deelneming bijdraagt aan de criminele activiteiten van de groep.

Anders dan in het Gemeenschappelijk Optreden inzake deelneming aan een criminele organisatie wordt de lidstaten in dit Kaderbesluit niet de keus gelaten tussen strafbaarstelling van deelneming aan een terroristische groep dan wel conspiracy tot terroristische misdrijven. De verklaring daarvoor kan wel eens zijn dat het

²⁸ Inmiddels is een politiek akkoord bereikt over het Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad ter bestrijding van georganiseerde criminaliteit, COM/2005/006 def. De formuleringen in het oorspronkelijke voorstel sluiten aan bij die van het Gemeenschappelijk Optreden. Nieuw is dat een minimale maximumstraf voor leidinggeven van ten minste tien jaar wordt voorgesteld en voor het deelnemen van maximaal vijf jaar. De eerstgenoemde verplichting zou, als zij overeind is gebleven, tot een verhoging van het maximum van artikel 140, derde lid, kunnen leiden. Daarnaast moeten misdrijven gepleegd in het kader van een criminele organisatie strafbaar worden gesteld met een zwaardere vrijheidsstraf; daaraan wordt ingevolge de samenloopbepalingen al voldaan. Tegen de achtergrond van deze beperkte betekenis van het voorstel, en gelet op de onzekerheid over de uiteindelijke tekst, wordt dit voorstel hier verder niet besproken.

²⁹ *Publicatieblad EG* 2002, L 164/3.

³⁰ Uit de Franse vertaling volgt dat de term 'een vereniging die duurt in de tijd' uit het Gemeenschappelijk Optreden synoniem is aan de term 'een sinds enige tijd bestaande vereniging' uit het Kaderbesluit: het gaat om 'l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps'.

Verenigd Koninkrijk ook een strafbaarstelling kent die ziet op deelneming aan een terroristische groep. De Terrorism Act 2000, s. 11 bepaalt: 'A person commits an offence if he belongs or professes to belong to a proscribed organisation'. De Secretary of State mag organisaties aan de lijst toevoegen en van de lijst afhalen.³¹

In het bepalen van de maximale straf zijn de lidstaten, anders dan in het Gemeenschappelijk Optreden inzake deelneming aan een criminele organisatie, niet geheel vrijgelaten. Op het leiden van een terroristische groep moet een maximale gevangenisstraf zijn gesteld die niet lager mag zijn dan vijftien jaar (artikel 5, derde lid, Kaderbesluit). Een uitzondering geldt daarbij voor het geval het bij de terroristische groep uitsluitend gaat om bedreiging met een terroristisch misdrijf: dan geldt een minimale maximumstraf van acht jaar gevangenisstraf. Op het deelnemen aan de activiteiten van een terroristische groep moet een maximale gevangenisstraf zijn gesteld die niet lager mag zijn dan acht jaar. Voor bedreiging wordt bij het deelnemen geen uitzondering gemaakt.

In Nederland zijn de verplichtingen tot strafbaarstelling van het leiden van en deelnemen aan een terroristische groep vervuld met artikel 140a Sr. Deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven wordt volgens het eerste lid gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie. Oprichters, leiders of bestuurders worden volgens het tweede lid gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren of geldboete van de vijfde categorie.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel waren, in aansluiting op het Kaderbesluit terrorismebestrijding, lagere strafmaxima voorgesteld. Doordat amendementen van Wilders en Eerdmans zijn aangenomen, zijn beide strafmaxima verhoogd.³² De toelichting van het eerste amendement luidt: 'Oprichters, leiders en bestuurders van terroristische organisaties zijn de hoofdverantwoordelijken voor de terroristische daden die door hun organisatie worden gepleegd. Daarbij gaat het om daden waarbij het goed of leven van andersdenkenden rücksichtslos wordt vernietigd. Daarmee trachten zij doelbewust de rechtsstaat in haar grondvesten aan te tasten. Hierop past de hoogste straf'.

Uit dit Kaderbesluit en deze wettelijke strafmaxima vloeit een derde kanttekening bij artikel 140 Sr voort. Feitelijk is de gedachte van één strafbaarstelling met een ruime reikwijdte en een enkelvoudig strafmaximum al verlaten. Het wettelijke strafmaximum gesteld op deelneming aan criminele organisaties wordt al mede bepaald door de misdrijven die de organisaties nastreven.

³¹ Vgl. Blackstone's Criminal practice 2007, p. 566 e.v. Ondertussen verschilt deze constructie sterk van die waarin een rechter het terroristisch oogmerk van de organisatie bepaalt. Deze Britse strafbaarstelling implementeert het kaderbesluit naar het mij voorkomt niet volledig.

³² *Kamerstukken II* 2003/04, 28 463, nrs. 14 en 21; *Handelingen II* 9 december 2003, p. 34-2389.

Verder illustreert de amendering van artikel 140a Sr dat de beelden die van deze bepaling bestaan sterk kunnen verschillen. De strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie is in veel publicaties min of meer op één lijn gezet met de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. We zagen dat ook De Jong beide bespreekt als alternatieve mogelijkheden om personen aansprakelijk te stellen voor gedragingen die aan het plegen van beoogde misdrijven voorafgaan. Bij die benadering oogt de straf die door de aanvaarde amendementen op dit misdrijf is gesteld al gauw disproportioneel. De toelichting op het amendement van Wilders doet veronderstellen dat hij vooral heeft gedacht aan een terroristische organisatie die daadwerkelijk terroristische daden heeft gepleegd. Dan is de bedreigde gevangenisstraf veel beter te plaatsen.

6. Drugskartels

Op 25 oktober 2004 is een Kaderbesluit aangenomen betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel.³³ Daarin wordt voorgeschreven dat iedere lidstaat de nodige maatregelen neemt opdat een aantal nader omschreven opzettelijke gedragingen bestraft worden wanneer daarvoor geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is (artikel 2, eerste lid, Kaderbesluit). Die gedragingen betreffen (a) het produceren, vervaardigen, extraheren, bereiden, aanbieden, te koop stellen, distribueren, verkopen, afleveren, ongeacht de voorwaarden, verhandelen, doorvoeren, vervoeren, in- en uitvoeren van drugs; (b) het kweken van papavers, cocaplanten of cannabisplanten; (c) het in bezit hebben of aankopen van drugs met het oog op een van de onder a) genoemde activiteiten; d) het vervaardigen, vervoeren of distribueren van precursoren in de wetenschap dat ze zullen worden gebruikt voor het illegaal produceren of vervaardigen van drugs.

Iedere lidstaat moet deze feiten strafbaar stellen met een maximumstraf van ten minste één tot drie jaar gevangenisstraf (artikel 4, eerste lid). Ook de uitlokking van, medeplichtigheid aan en poging tot het plegen van deze feiten moet strafbaar worden gesteld, met een aantal uitzonderingen (artikel 3); een minimale en/of een maximale maximumstraf wordt hier niet voorgeschreven. Voorts moet iedere lidstaat ervoor zorgen dat op de in artikel 2, eerste lid, onder a), b) en c) bedoelde feiten maximumstraffen worden gesteld van ten minste vijf en ten hoogste tien jaar gevangenisstraf, als het strafbare feit grote hoeveelheden drugs betreft dan wel drugs die voor de gezondheid het schadelijkst zijn, of het strafbare feit aanzienlijke schade heeft toegebracht aan de gezondheid van verscheidene personen (artikel 4, tweede lid, Kaderbesluit). Maar het Kaderbesluit beperkt zich niet tot het voorschrijven van hogere strafmaxima voor de laatstgenoemde feiten. Iedere lidstaat moet er ook voor zorgen dat zij worden bestraft met een maximumstraf van ten

³³ *Publicatieblad EU* 2004, L335/8.

minste tien jaar vrijheidsbeneming, wanneer het strafbare feit is gepleegd in het kader van een criminele organisatie in de zin van het Gemeenschappelijk Optreden 98/733/JBZ van 21 december 1998.

Voor de in artikel 2, eerste lid, onder d) omschreven feiten ten slotte geldt dat deze worden bestraft met een maximumstraf van ten minste vijf tot tien jaar vrijheidsbeneming, wanneer het strafbare feit is gepleegd in het kader van een criminele organisatie in de zin van het Gemeenschappelijk Optreden 98/733/JBZ en de precursoren bestemd zijn om te worden gebruikt bij of voor de productie of vervaardiging van grote hoeveelheden drugs, dan wel van drugs die voor de gezondheid het schadelijkst zijn of die aanzienlijke schade toebrengen aan de gezondheid van verscheidene personen (artikel 4, vierde lid, Kaderbesluit).

Daarmee wordt in dit Kaderbesluit weer een wat andere weg ingeslagen dan in het Kaderbesluit terrorismebestrijding. Daarin werd een afzonderlijke verplichting tot strafbaarstelling geformuleerd, die zag op het leiden van en deelnemen aan een terroristische groep. Het Kaderbesluit inzake illegale drugshandel knoopt de strafbaarstelling van een aantal drugsdelicten vast aan de strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie. De geformuleerde constructie impliceert in de eerste plaats dat, in afwijking van het Gemeenschappelijk Optreden inzake deelneming aan een criminele organisatie, voor deze drugsmisdriven de enkele strafbaarstelling van conspiracy niet langer volstaat. Nieuw is voorts de wijze waarop de vrijheid bij de keuze van het wettelijke strafmaximum wordt ingeperkt. Anders dan bij terroristische misdrijven hangt de minimale maximumstraf niet enkel met de aard van de beoogde misdrijven samen. De rechtvaardiging is mede te vinden in de omstandigheid dat er daadwerkelijk een drugsmisdrijf gepleegd moet zijn. Voor een drugsmisdrijf dat in een criminele organisatie wordt gepleegd, wordt een afzonderlijk strafregime ontwikkeld. Daarmee knoopt dit kaderbesluit naar het lijkt nog het meest aan bij de Duitse constructie waarin het handelen als Mitglied einer Bande onder omstandigheden als een strafverzwaringsgrond wordt aangemerkt.

In Nederland zijn de verplichtingen tot strafbaarstelling van dit Kaderbesluit ingelost door een implementatiewet.³⁴ Die wet bevat onder meer een artikel 11a Opiumwet, dat bepaalt dat 'deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van een misdrijf als bedoeld in artikel 10, derde, vierde en vijfde lid, 10a, eerste lid, of 11, derde, vierde en vijfde lid, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.' Bij meerdaadse samenloop van het nieuwe artikel 11a Opiumwet en een drugsdelict dat onder artikel 4, tweede lid, Kaderbesluit valt, kan een gevangenisstraf van meer dan tien jaar worden opge-

³⁴ De wet van 1 juni 2006 tot implementatie van het kaderbesluit nr. 2004/757/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel (PbEU L 335), *Stb.* 292.

legd.³⁵ En daarmee is aan de verplichting van artikel 4, derde lid, Kaderbesluit voldaan.

De Nederlandse wetgever heeft, zo blijkt, zich niet beperkt tot een strafverzwarringsgrond voor het geval waarin het drugsmisdrijf gepleegd is. Voor het misdrijf van artikel 11a Opiumwet volstaat het oogmerk. Verder brengt de strafbaarstelling van artikel 11a Opiumwet, naar haar formulering te oordelen, ook het deelnemen aan een organisatie die het plegen van een enkel misdrijf tot oogmerk heeft onder de werking van de strafwet. In artikel 140 Sr gaat het om een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven.³⁶ Ook het Gemeenschappelijk Optreden inzake deelneming aan een criminele organisatie, dat door artikel 140 Sr geïmplementeerd wordt, spreekt van een vereniging die in overleg optreedt 'om feiten te plegen'. En de verplichting tot het bedreigen van een hogere straf, geformuleerd in het Kaderbesluit inzake illegale drugshandel, bestaat slechts 'wanneer het strafbare feit is gepleegd in het kader van een criminele organisatie' in de zin van dat Gemeenschappelijk Optreden. Het lijkt er op dat de eis dat de organisatie een meervoud van misdrijven tot oogmerk moet hebben, in artikel 11a Opiumwet behouden had kunnen blijven. Maar dat is niet gebeurd. Dat levert een vierde kanttekening bij artikel 140 Sr op. De gedachte dat 'de voortdurende gevaarzetting' die van een criminele organisatie uitgaat de ratio van de strafbaarstelling vormt³⁷, is in artikel 11a Opiumwet feitelijk verlaten. Ook het nastreven van één enkel misdrijf door een criminele organisatie brengt deze strafbaarstelling in beeld.

Het strafmaximum gesteld op artikel 11a Opiumwet rechtvaardigt een vijfde kanttekening. Op het opzettelijk binnen Nederland brengen of in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk verkopen (etc.) van soft drugs staat een maximale gevangenisstraf van vier respectievelijk zes jaren (artikel 11 Opiumwet). Hoe valt daarmee te rijmen dat op deelneming aan een criminele organisatie die het (eenmalig) plegen van dergelijke misdrijven tot doel heeft een maximale gevangenisstraf van acht jaar gevangenisstraf is gesteld?

7. Een begrafenis?

Het is tijd om de balans op te maken. Artikel 140 Sr is gedurende lange tijd overwegend positief gewaardeerd. De Jong meende, zo zagen wij, dat het artikel te prefereren was boven een strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. En ook De Vries-Leemans besloot haar bespreking in haar in 1995 verdedigde dissertatie met een positieve waardering: 'Een afzonderlijke strafbaarstelling van deelneming aan een misdaadorganisatie is, gezien de voortdurende gevaarzetting die van een derge-

³⁵ Vgl. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, nr. 3, p. 6.

³⁶ Vgl. *Groepsgeweld* 1992 (*supra* noot 2), p. 9; De Vries-Leemans 1995 (*supra* noot 13), p. 44 e.v.

³⁷ De Vries-Leemans 1995 (*supra* noot 13), p. 329.

lijke organisatie uitgaat, naar mijn mening aanvaardbaar.³⁸ Kan artikel 140 Sr mede in het licht van de geschetste ontwikkelingen anno 2007 nog steeds positief worden gewaardeerd?

In het internationale strafrecht is, zo zagen wij, het concept van de joint criminal enterprise tot ontwikkeling gekomen. Dat is een constructie die aansprakelijkheid schept voor in andere bepalingen geformuleerde misdrijven. Bewezenverklaring van een joint criminal enterprise die gericht was op en geresulteerd heeft in genocide kan het opleggen van levenslange gevangenisstraf aan één van de deelnemers rechtvaardigen. Onze wetgever lijkt aansprakelijkheid op grond van artikel 140 Sr bij berechting voor de Nederlandse strafrechter een passend substituuat te vinden. Maar bij een veroordeling wegens deelneming aan een criminele organisatie kan maximaal zes jaar gevangenisstraf worden opgelegd. Mij komt dat ontoereikend voor.

Aansprakelijkheid wegens gedragingen die voor ICC of ICTY een joint criminal enterprise gericht op internationale misdrijven zouden opleveren, kan in sommige gevallen mogelijk ook geconstrueerd worden op basis van onze deelnemingsvormen (vooral medeplegen en medeplichtigheid). Maar voor zover dat niet kan, bevat ons materiële strafrecht een lacune. In deze lacune kan worden voorzien door de joint criminal enterprise in ons materiële strafrecht betreffende internationale misdrijven te introduceren, net als met de command responsibility gebeurd is. Denkbaar is ook een andere oplossing. Komt bij de internationale misdrijven niet een gebrek van artikel 140 Sr aan het licht dat zich ook bij andere misdrijven kan doen gevoelen? Zou het niet wenselijk zijn, het strafmaximum van deelneming aan een criminele organisatie over de hele linie meer in lijn te brengen met dat van de door de organisatie beoogde misdrijven?

Die gedachte rijst nog sterker in het licht van het Gemeenschappelijk Optreden inzake deelneming aan een criminele organisatie, en de wijze waarop de verplichting tot strafbaarstelling van dat rechtsinstrument in de ons omringende landen wordt ingevuld. Omringende landen die werken met afzonderlijke strafbaarstelling(en) van deelneming aan een criminele organisatie, zoals België, Duitsland en Frankrijk, werken met een gedifferentieerd strafmaximum. Ook in artikel 140 Sr zou een gedifferentieerd strafmaximum kunnen worden ingevoerd.

Dan rijst wel de vraag hoe differentiatie van het strafmaximum zich verhoudt tot de ratio van artikel 140 Sr. Die ratio wordt, zo bleek, gezocht in het gevaar dat van een crimineel samenwerkingsverband als zodanig uitgaat. Bij een gedifferentieerd strafmaximum is niet langer enkel het gevaar dat van een samenwerkingsverband uitgaat, maar vooral de ernst van de beoogde misdrijven bepalend.

³⁸ De Vries-Leemans 1995 (*supra* noot 13), p. 329.

Differentiatie van het strafmaximum zou zo bezien tot bijstelling van de ratio van artikel 140 Sr leiden. Mij komt die bijstelling wenselijk voor, ook los van de geschetste internationale ontwikkelingen. Het gevaar dat van een organisatie uitgaat, kan moeilijk los van de door die organisatie nagestreefde misdrijven worden vastgesteld. Een strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie met een enkelvoudig strafmaximum is goed verdedigbaar als haar toepassing beperkt is tot een betrekkelijk eenvormig type organisatie dat een eenvormig type misdrijven nastreeft. Te denken valt aan de roversbendes waar de association de malfaiteurs in zijn vroegere redactie vooral voor bedoeld was.³⁹ Eigenlijk paste het eenvormige strafmaximum van artikel 140 Sr al niet goed bij de bredere opzet die deze strafbaarstelling in 1886 kreeg.⁴⁰ De ruime toepassing en interpretatie van artikel 140 Sr in de laatste decennia van de vorige eeuw heeft deze tekortkoming nog duidelijker aan het licht gebracht. De bestanddelen van artikel 140 Sr zijn zo uitgelegd dat het plegen van misdrijven niet de voornaamste bestaansgrond van de organisatie behoeft te zijn, en continuïteit van de organisatie geen vereiste is.⁴¹ Bij een zo ruime uitleg komt een aan 'de voortdurende gevaarstelling' van misdaadorganisaties gekoppelde strafbaarstelling minder overtuigend voor.

De in het voorgaande geschetste ontwikkelingen hebben deze aarzelingen bij de ratio van artikel 140 Sr versterkt. Het enkelvoudige strafmaximum van artikel 140 Sr staat in schril contrast tot de ernst van internationale misdrijven als genocide. Een strafbaarstelling waarvan de ratio de ernst van de beoogde delicten buiten beschouwing laat, past niet bij deze misdrijven. Veelzeggend is ook dat in omringende landen de keuze voor een gedifferentieerd strafmaximum al eerder gemaakt is. Uit de invoering van artikel 140a Sr volgt dat de ratio van artikel 140 Sr in de wettelijke systematiek al aan belang heeft ingeboet. In artikel 11a Opiumwet ten slotte is de ratio van artikel 140 Sr feitelijk verlaten.

Hoe zou een differentiatie van het strafmaximum gestalte kunnen krijgen? Te denken valt in de eerste plaats aan een betrekkelijk overzichtelijke aanpassing van artikel 140 Sr. Er zouden twee strafmaxima bepaald kunnen worden al naar gelang de

³⁹ Gesproken werd van 'toute association de malfaiteurs envers les personnes ou les propriétés'. Vgl. over deze Franse inspiratiebron van artikel 140 Sr Strijards 1991 (*supra* noot 13), p. 9-12. Strijards geeft aan dat het bij de association de malfaiteurs oorspronkelijk ging om 'groepsvorming gericht op het begaan van vermogensdelicten, waarbij de openbare orde tevens in ernstige mate verstoord wordt. Het ging om samenwerkingsverbanden, benden, van personen die stelen en plunderen ten plattelande ten doel hadden, een fenomeen waardoor de gedesoriënteerde maatschappij in Frankrijk rond 1800 bijzonder geteisterd werd.'

⁴⁰ In het ORO was nog een beperking voorgesteld tot 'misdrijven waardoor de veiligheid van personen of goederen wordt aangetast'; deze beperking verviel op verlangen van de Commissie (vgl. *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, tweede druk, J.W. Smidt, tweede deel, Haarlem: Tjeenk Willink 1891, p. 89).

⁴¹ Vgl. De Vries-Leemans 1995 (*supra* noot 13), p. 41, 47-48.

organisatie ernstige of minder ernstige misdrijven nastreeft. De differentiatie zou ook een stap verder kunnen gaan, met een flexibel strafmaximum dat rechtstreeks gekoppeld is aan dat van de onderliggende misdrijven. En er zou zelfs overwogen kunnen worden om artikel 140 Sr in te passen in de regeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van het algemeen deel.⁴² Daarmee zou ook bewerkstelligd kunnen worden dat een ander strafmaximum geldt in het geval het beoogde misdrijf daadwerkelijk begaan is.⁴³ En we hebben gezien dat de onevenwichtigheden in toepasselijke strafmaxima bij deelneming aan criminele organisaties mede samenhangen met de mate waarin met die omstandigheid rekening wordt gehouden. Ik wijs op de verhouding van artikel 140 Sr tot de joint criminal enterprise en tot artikel 140a Sr.

Het voert te ver de voor- en nadelen van de verschillende opties (differentiatie strafmaxima of inpassing in het algemeen deel) hier uitputtend met elkaar te vergelijken. Wat in dit verband telt is het gemeenschappelijke voordeel van elk van deze aanpassingen: zij drukken allemaal uit dat er een verband is tussen de ernst van een misdrijf en de ernst van het deelnemen aan een organisatie die het plegen van dergelijke misdrijven beoogt.

Dat verband wordt in artikel 11a Opiumwet onvoldoende in het oog gehouden. Op het opzettelijk binnen Nederland brengen of in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk verkopen van soft drugs staat een maximale gevangenisstraf van vier respectievelijk zes jaar gevangenisstraf (artikel 11 Opiumwet). Is het, teruggedenkend aan de kritiek van De Jong, niet merkwaardig dat voor deelneming aan een criminele organisatie die het (eenmalig!) plegen van één van deze misdrijven tot doel heeft een aanmerkelijk hogere straf dan zes jaar gevangenisstraf is vastgesteld? Men hoeft niet zeer heethoofdig te zijn om hier toch even met de wenkbrauwen te fronsen.

Het wordt tijd voor een happy end. Artikel 140 Sr kan in zijn huidige vorm ter aarde worden besteld.

⁴² Vgl. Strijards 1991 (*supra* noot 13), p. 33, 43-44; alsmede G.A.M. Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 183.

⁴³ Vgl. N. Keijzer en E. van Sliedregt, 'Collectieve aansprakelijkheid in het strafrecht', in: *Glijden-de schalen* (liber amicorum J. de Hullu), red. M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink, Nijmegen: WLP 2003, p. 241, die hebben voorgesteld 'aan deelneming aan een organisatie als bedoeld in art. 140, eerste lid, Sr een zwaarder strafmaximum te verbinden voorgeval een door de organisatie beoogd misdrijf inderdaad is begaan'.